

Análisis sobre el contenido y temporalidad del dolo como elementos de imputación subjetiva en el Código Penal peruano

Analysis about the content and temporality of malice as elements of subjective imputation in the peruvian Criminal Code

Luis Gustavo Guillermo Bringas*

Ministerio Público – Distrito Fiscal de La Libertad, Av. Jesús de Nazareth s/n, Trujillo, Perú.

*Autor correspondiente: lguillermob@yahoo.es (L. Guillermo)

RESUMEN

El presente trabajo tuvo por finalidad indagar acerca del contenido y temporalidad del dolo en el Código Penal peruano; esto es, de acuerdo a nuestra legislación, responder a la siguiente pregunta: ¿cuál es el contenido del dolo penal y en qué momento debe estar presente esta forma de imputación subjetiva? Nos fijamos como objetivo general determinar si el dolo está contenido por el conocimiento del riesgo típico, así como establecer el momento en que este debe presentarse. Iniciamos con la observación de casos tipo y luego los contrastamos con la regulación que realiza el legislador peruano, auxiliándonos de la interpretación brindada por la doctrina. Como resultado de nuestra investigación pudimos observar que existen casos límite, frente a los cuales el Juez necesita conceptos mejor definidos. Como conclusión afirmamos que el contenido del dolo es el conocimiento cualificado del riesgo típico y que este debe presentarse en el momento de la acción. Finalmente, consideramos que el principal aporte de nuestra investigación consiste en ayudar a determinar de mejor manera el contenido y momento del dolo, en tanto de ello depende la afirmación del mismo o la imputación solo de un hecho culposos.

Palabras clave: imputación subjetiva; contenido del dolo; temporalidad del dolo.

ABSTRACT

The purpose of this investigation was get the malice's content and temporality in the Peruvian Criminal Code. It means according to our legislation reply to the following question: What is the criminal malice's content and at what moment should this form of subjective imputation be present? We set as a general objective to determine whether the malice is contained by the knowledge of the typical risk, as well as establishing the moment in which this must be presented. We began with the observation of typical cases and then we contrasted them with the regulation that the Peruvian Legislator makes, helping us with the interpretation provided by the doctrine. As a result of our investigation, we observed that there are borderline cases, in front of which the Judge needs better defined concepts. In conclusion, we affirm that the content of the malice is the knowledge qualified of the typical risk and that this must be presented at the time of the action. Finally, we consider that the main contribution of our research is to help better determine the content of the malice, as it depends on the assertion of the same or the imputation only of a wrongful act.

Keys words: subjective imputation; malice's content; malice's temporality.

1. INTRODUCCIÓN

Todos los días en los juzgados nacionales se resuelven casos penales, en los que si se condena a alguien es porque se le atribuye haber actuado de forma dolosa o culposa; ello en la medida que nuestro sistema no admite otra forma de imputación subjetiva. No obstante, la realidad nos demuestra que existen casos frente a los cuales existen serias dudas acerca de si se trata de un hecho doloso o solo culposos; y dicha determinación resulta fundamental, pues siempre al tipo penal doloso se le reserva una pena más grave que al culposos. El Código Penal peruano no brinda un concepto del dolo, pero muchos autores derivan el contenido del mismo a partir de la regulación del artículo 14°. Por su parte, la doctrina ha presentado múltiples teorías para tratar de determinar cuándo nos encontramos ante una conducta dolosa, sin llegar a un acuerdo. Quizá los casos que se presentan a continuación grafiquen lo que indico.

Caso 1

El 20 de julio de 2002, en la discoteca “UTOPIA” ubicada en Centro Comercial Jockey Plaza, en Lima, se produjo un incendio, producto del cual hubieron 29 fallecidos y 57 heridos. Se imputó al Administrador de la discoteca y a los socios de la misma conocer los siguientes riesgos que crearon: a) Se permitió el ingreso de personas que superaban el aforo del local; b) Se realizó la fiesta con animales salvajes al interior de la discoteca; c) Se permitió el uso de fuego en lugares cerrados y cerca de material altamente inflamable; d) No existían extintores de fuego; y e) Las salidas de emergencia se encontraban cerradas. El Administrador fue condenado por homicidio doloso; los accionistas por homicidio culposo por omisión impropia.

Caso 2

El 13 de abril del año 2013, aproximadamente a las 4:30 horas, a la altura del kilómetro 70 de la carretera de penetración a la sierra de La Libertad (a pocos metros del desvío a Otuzco), un ómnibus de la empresa Transportes HORNA se desbarrancó y cayó a las aguas del río Moche. Como consecuencia de ello, fallecieron 40 personas y otras 5 resultaron heridas. El viernes 18 de agosto de 2017, el Juez Unipersonal de Otuzco condenó al Gerente General de dicha empresa de transportes a 10 años de pena privativa de libertad por el delito de homicidio doloso en comisión por omisión, pues su conducta de haber dispuesto que un solo chofer conduzca para una ruta larga y por un tiempo que excede la reglamentación sectorial, ocasionó la muerte de las víctimas.

Ambos casos extraídos de la realidad son solo ejemplos de los muchos que se sustancian diariamente a nivel nacional y donde el tema de la imputación subjetiva juega un rol crucial. Aquí, con elementos fácticos ya establecidos en cada caso concreto, se trata de determinar si el hecho atribuido fue realizado con dolo o con culpa. Y, para ello, resulta fundamental poder conocer cuál es el contenido exigido para el dolo según nuestro Código Penal peruano. También resulta importante conocer en qué momento es que el agente debe realizar la conducta dolosa, esto es, si el conocimiento o voluntad pueden darse antes, después o solo en el momento de la acción.

Para ello, brevemente, dejaremos constancia de la discusión que la doctrina ha mantenido respecto de estos tópicos. Así, partiremos por afirmar que tradicionalmente se afirma que existen 3 formas de dolo, a saber: dolo directo de primer grado; dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias; y dolo eventual.

Sobre el dolo directo de primer grado afirma la doctrina nacional que “Actúa con dolo directo de primer grado quien conoce y persigue la realización del delito. Conocimiento y voluntad se conjugan aquí en su máxima expresión. Se suele admitir que también actúa con dolo de primer grado quien no persigue el delito como fin último de su conducta, pero desea igualmente el resultado, siendo esta la razón por la que se le conozca también como “dolo de intención” (Meini, 2014).

Sobre los elementos que integran este tipo de dolo, es ampliamente conocida la frase: “el dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que pertenecen al tipo legal” (Jescheck y Weigend, 2014). Como puede verse y ya resaltaba Meini en la cita anterior, en este tipo de dolo (directo de primer grado) conocimiento y voluntad se conjugan en su máxima expresión, aunque la doctrina termina aceptando que aquí predomina el elemento volitivo. Así, se precisa: “La intención significa que el autor persigue la acción típica, el resultado propuesto por el tipo o ambos a la vez. En la intención domina el factor volitivo del dolo”. (Jescheck y Weigend, 2014).

Por su parte, el dolo de consecuencias necesarias o dolo indirecto, se predica respecto de quien “no persigue la ejecución del tipo, pero conoce que su actuación con seguridad o muy probablemente lo realizará” (Meini, 2014). Como puede notarse, en este tipo de dolo domina el factor cognitivo, a diferencia del dolo directo de primer grado, donde domina el factor volitivo, “no obstante, dado que existe la certeza de que todos modos el tipo se realiza, el dolo directo y la intención son asimilables en cuanto al contenido de injusto y de culpabilidad” (Jescheck y Weigend, 2014).

Finalmente, tratando de definir ¿Qué es el dolo eventual?, se han creado diversas teorías, como *la teoría de la voluntad* y *la teoría de la representación*, que, por cuestiones de espacio, no detallaré en esta oportunidad.

No obstante, superada la discusión entre teoría de la voluntad y teoría de la representación, en la actualidad, bajo una perspectiva normativa, se han venido suministrado otros conceptos de dolo eventual, a efecto de poder diferenciarlo de los supuestos de culpa consciente.

Así, por ejemplo, se afirma que “el dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido. Quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, obra con dolo, pues sabe lo que hace. Por el contrario, si

ignora la creación de este peligro concreto de realización del tipo objetivo o tiene un error sobre el mismo obrará imprudentemente” (Bacigalupo, 2004).

En sentido similar, el profesor español Bernardo Feijóo Sánchez (2002), concluye: “Por lo tanto, para imputar un tipo de resultado a título de dolo basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte, lesiones o daños y, por ende, que prevea el resultado como consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite explicar el posterior resultado o el riesgo idóneo, adecuado o suficiente para producir el resultado”.

Por su parte, apoyado en una teoría de la probabilidad, afirman algunos autores: “Actúa dolosamente quien parte de la base que el resultado se producirá, con una cierta probabilidad, como consecuencia del comportamiento que se quiere realizar. En esta medida, puede decirse lo siguiente: actúa dolosamente quien parte de la base de que a través de su actuar se incrementa, de manera no nimia, el riesgo de que se produzca el resultado. Dicho con otras palabras, el dolo también exige un pronóstico del resultado de parte del autor en base a las circunstancias del hecho por él producidas” (Kindhäuser, en: Kindhäuser, Polaino-Orts y Corcino, 2009).

También en la línea de exigir solo el conocimiento de un cierto riesgo creado por el autor, se pronuncia Laurenzo (1999) en su conocida monografía sobre Dolo y Conocimiento: “En definitiva, atendiendo a la fundamentación expuesta, la esencia del delito doloso debe fijarse en la realización de una acción a pesar de conocer el peligro concreto de lesión del bien jurídico. De ahí se sigue que, desde el punto de vista de sus componentes internos, basta con el conocimiento de esa dimensión de riesgo”.

En un trabajo fundamental en el estudio del dolo y tratando de superar algunas críticas que podrían realizarse contra un entendimiento del dolo solo como conocimiento del riesgo concreto generado por la acción, Ragués (1999), afirma: “Existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal”.

Por su parte, el profesor Günther Jakobs, desde una perspectiva normativa y, esencialmente, cognitiva, afirma: “Concurrirá, pues, dolo eventual cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción” (Jakobs, 1997).

Entre nosotros se ha dicho que “el dolo es el conocimiento de que concurren los presupuestos materiales que fundamentan la prohibición penal. Como tal, su atribución implica que se exija conocer que, en el caso en concreto, concurren todos los elementos, positivos y negativos, que fundamentan la desvaloración jurídica y prohibición penal de la conducta con independencia de que se conozca la desvaloración jurídica y prohibición” (Meini, 2014).

Por su parte, Caro John construye su concepción del dolo sobre premisas eminentemente normativas, descartando un entendimiento del dolo como fenómeno psicológico que debe ser constatado en la mente del autor. Ello trae como consecuencia que termina resaltando que “lo que le interesa al Derecho penal es atribuir un sentido normativo a ese dato subjetivo, es decir, “atribuir externamente una determinada actitud al agente”, a partir de determinados elementos del contexto de actuación del autor, lo cual supone una operación inversa a la de las tesis psicologicistas, pues mientras según éstas la determinación de lo subjetivo va desde el fuero interno (psíquico) del autor de la conducta (y así determinar si actuó con dolo o culpa), la visión normativista parte de lo externo de la conducta para llegar a la mente del autor” (Caro, 2014).

Por último, Reaño Peschiera afirma que el dolo se determina normativamente; que su contenido está dado por el conocimiento; que definir al dolo como conocimiento es compatible con la regulación del artículo 14° del Código penal; y que este conocimiento se atribuye o imputa. Así, refiere que “la determinación del conocimiento típico del dolo constituye un proceso de adscripción o imputación judicial, pues no se trata de desentrañar la psique del autor para indagar lo que se representó en el momento en que realizó el hecho enjuiciado, algo que por lo demás no es posible hacer utilizando medios de prueba que gocen de confianza social y reconocimiento legal, sino que el conocimiento es predicable en función de determinados criterios de atribución” (Reaño, 2010).

De otro lado, y puntualmente, sobre la **temporalidad del dolo** existe consenso en la doctrina en el sentido de que “el elemento cognitivo del dolo debe darse en el momento de la comisión del hecho y requiere un conocimiento actual, es decir, presente” (Bacigalupo, 2004). Se afirma también que “en el *ámbito del conocimiento*, el comportamiento doloso requiere ue, **al momento de la comisión del hecho**, el autor haya conocido todas las circunstancias del tipo penal realizado objetivamente que fundamentan y agravan la punibilidad” (Wessels, Beulke, Satzger, 2018). Entre nosotros, precisa Meini (2014) que “en tanto elemento del injusto, el dolo debe concurrir cuando se realiza el comportamiento típico, ni antes ni después”.

Dicho todo esto, queda claro que poder determinar el contenido y la temporalidad del dolo en nuestro Código penal resulta fundamental, pues de ello depende que la pena, por ejemplo en un homicidio, sea de hasta 20 años de privación de libertad (doloso) o solo de 2 años (culposo). Ello, *per se*, justifica la presente investigación, al margen de los aportes dogmáticos que puedan brindarse al respecto. Por último, debemos recordar que la presente investigación, precisamente, tiene por finalidad indagar acerca de cuál es el contenido del dolo en el Código Penal peruano, así como determinar el momento en que debe presentarse esta forma de imputación subjetiva.

MATERIALES Y MÉTODOS

2.1 Objeto de estudio

Es la aplicación de los elementos contenido y temporalidad del dolo, como elementos de imputación subjetiva, para determinar responsabilidad del sujeto agente de la comisión de un delito, a partir del análisis de dos casos (tipo) concretos.

2.2 Material de estudio

Universo de estudio:

La totalidad de los casos resueltos por los órganos jurisdiccionales penales en nuestro país.

Muestra de estudio:

Siendo un trabajo cualitativo, se utilizará una muestra no probabilística intencional, consistente en algunos casos seleccionados de forma deliberada en atención a la argumentación desarrollada sobre el dolo.

Material para la investigación:

Libros, revistas, código penal, jurisprudencia, internet.

2.3 Métodos y técnicas

2.2.1 Métodos:

Análítico. - Consiste en la descomposición del objeto de estudio en sus elementos y partes integrantes, con el fin de descubrir los elementos esenciales que lo conforman. Así, en virtud de este método procederemos a descomponer nuestro tema de investigación y a analizar las diversas teorías que buscan explicarlo.

Sintético. - Es el método que consiste en la integración de las partes, elementos o nexos esenciales de los objetos o fenómenos que se estudia. Este método será utilizado en la elaboración de las conclusiones.

Deductivo. - Es el método que parte de los principios generales para tratar de conocer o explicar fenómenos particulares. Se aplicará para ir realizando una labor descendente de análisis, de teorías generales a específicas, hasta llegar a la resolución de los casos concretos.

2.2.2 Técnicas:

Observación. - Como base del contacto del investigador con el hecho o fenómeno científico relevante para los fines de la investigación. Siendo una investigación de una ciencia social como el Derecho, partimos de observar casos de la realidad que buscan ser subsumidos en una norma, pero no todos los casos, sino solo ciertos casos tipo, cuyos resultados, una vez analizados y discutidos, pueden ser ampliado a la generalidad de los casos.

Análisis de datos. - Se analiza la legislación y jurisprudencia nacional, así como la doctrina nacional y comparada, en materia de normativización, imputación subjetiva y otros temas afines.

Fichaje. - En nuestra etapa de recolección de información hemos empleado fichas de investigación (textuales, resumen, comentario, mixtas), las cuales fueron luego procesadas para la elaboración del presente trabajo.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1 Resultado N° 1

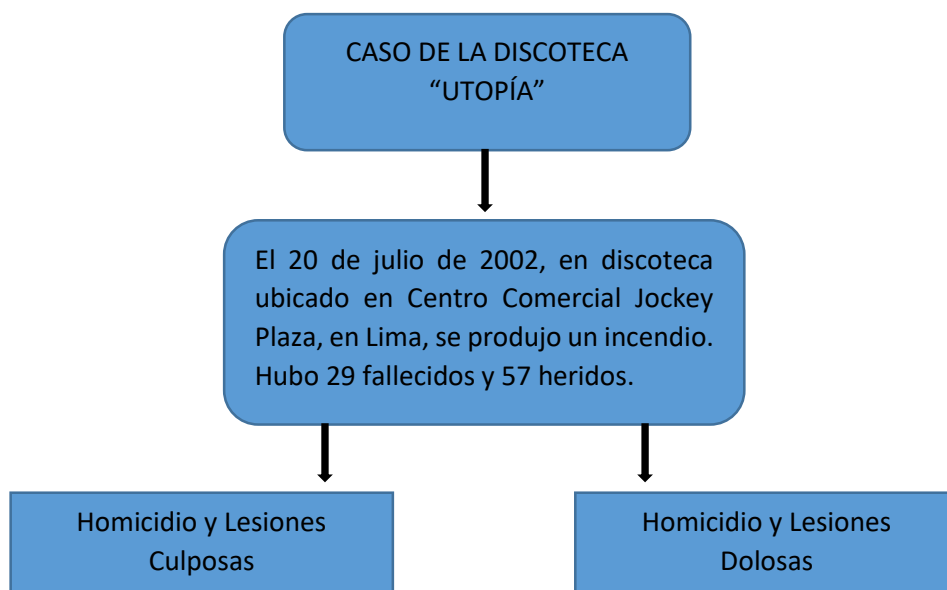


Figura 1. Discusión del caso conocido como DISCOTECA UTOPIA

1. Este resultado nos sirve para analizar el punto referido al contenido del dolo en el Código Penal peruano. Una definición tradicional afirma que “el dolo supone conocimiento y voluntad (intención) de realizar el hecho injusto. Por tanto, una persona actúa dolosamente cuando conoce lo que está haciendo y además, quiere hacerlo” (Orts y González, 2017).
2. Además, también se suele afirmar que existen 3 formas de dolo: directo de primer grado; directo de segundo grado o de consecuencias necesarias; y el dolo eventual. En el primero el contenido del dolo está dado por el conocimiento y la voluntad, aunque prima el elemento volitivo. En el segundo, el contenido es solo el conocimiento. Finalmente, en el dolo eventual prima el conocimiento, mientras que el elemento volitivo es casi inexistente.
3. Si ello es así, la doctrina afirma que ninguna institución a ser caracterizada se realiza a partir de sus elementos accidentales (elemento volitivo), sino teniendo en cuenta su elemento esencial y permanente (elemento cognitivo), por lo que bien puede afirmarse que el dolo es fundamentalmente conocimiento. Con ello no se dice que no pueda estar presente algún elemento volitivo por parte del autor, sino que se afirma que jurídico penalmente ello resulta irrelevante; que para colmar los elementos que exige el tipo subjetivo doloso, basta con el conocimiento del riesgo típico.
4. Al respecto, basta con recordar el pensamiento de algunos autores patrios: Caro (2014) afirma que lo que el sujeto desee, confíe o espere, carece de relevancia para el Derecho penal en tanto elemento fundamentador del juicio de imputación subjetiva, y ello es así porque para afirmar la existencia del dolo bastaría con imputar al sujeto el conocimiento necesario para que reconozca los riesgos implícitos a su conducta y las consecuencias lesivas que ella acarrea. Por su parte, Sánchez-Málaga (2018) refiere que los móviles o sentimientos del autor son ajenos a la valoración del juicio subjetivo-normativo.
5. Se argumenta, además, que darle importancia o peso al elemento volitivo (querer, desear, etc.), lleva aparejado el riesgo de arbitrariedad, por tratarse de un elemento estrictamente subjetivo, no solo difícil de comprobar en la praxis judicial, sino innecesario frente al tipo de riesgo creado por el autor. Por el contrario, mucho más razonable resultaría imputar una conducta como dolosa o culposa, atendiendo al conocimiento que se le pueda atribuir a una determinada persona, en el contexto de la acción que realiza.
6. Por lo demás, se afirma que el artículo 14° del Código Penal peruano, que regula el *error de tipo*, establece que el error sobre un elemento del tipo penal o respecto de una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación; y si fuere vencible, se castiga como culposa cuando se halle prevista como tal en la ley. A partir de ello se afirma que ***todo error es desconocimiento*** y, por tanto, el único elemento que pueda excluir de responsabilidad o hacer que el hecho se sancione solo de forma culposa, es el conocimiento; nunca la voluntad.

7. No obstante, considero que para poder afirmar la existencia del dolo no basta con hacer simple referencia al conocimiento del riesgo creado, sino que debe tenerse en cuenta siempre el contexto de actuación del agente. En esta misma línea se afirma que “el juicio de imputación sobre el conocimiento del autor debe guardar directa relación con el conocimiento y capacidad que el autor tuvo en el momento de los hechos, pues solo se podrá imputar aquella que sea manifestación libre de una capacidad para configurar la realidad objeto de desvalor” (Varela, 2016).
8. Siendo así, en el caso concreto, al haberse llevado a cabo una fiesta dentro de la discoteca con varios factores de riesgos no controlados (se permitió el ingreso de personas que superaban el aforo del local; se realizó la fiesta con animales salvajes al interior de la discoteca; se permitió el uso de fuego en lugares cerrados y cerca de material altamente inflamable; además no existían extintores de fuego; y las salidas de emergencia se encontraban cerradas), ya poco importa si el Administrador o los accionistas de la discoteca *querían* producir las lesiones y muertes que finalmente causaron, pues lo relevante es que ellos conocían el tipo de riesgo que estaban creando.
9. Claro que deberá discutirse y analizarse si dicho conocimiento es suficiente para poder imputarles el resultado a título de dolo o, por el contrario, se trata solo de una culpa con representación, en la que también existe un conocimiento del riesgo creado. La diferencia radica, según la doctrina, en que para el dolo se requiere que el autor conozca un riesgo concreto de lesión, en atención a sus circunstancias personales y el contexto de la acción. Mientras que en el caso de la culpa con representación se trata de un conocimiento más genérico, abstracto o lejano del riesgo típico. La respuesta si existe uno u otro, depende caso por caso.
10. En el caso que me ocupa, concluyo afirmando la responsabilidad penal a título de dolo del Administrador de la aludida discoteca, siendo que le es imputable el conocimiento de la concreta situación riesgosa o de peligro. Soy consciente que se podría argumentar que la valoración del peligro es subjetiva y que, por ende, depende y varía de persona en persona; no obstante, a ello debo responder, con acompañamiento de Varela (2016) que “no existe una versión del peligro, porque esta depende de la situación y del sujeto cognoscente que actúa, aunque si existe una versión oficial del peligro típico de lo que socialmente se desvalora como tal”. En tal sentido, el tipo de peligro creado y conocido por el agente, era precisamente uno de los que busca evitar el legislador con la tipificación del norma del homicidio, y si dicho peligro desencadenó en la muerte efectiva de personas, no cabe otra salida que la imputación a título de homicidio doloso.

3.2 Resultados N° 2

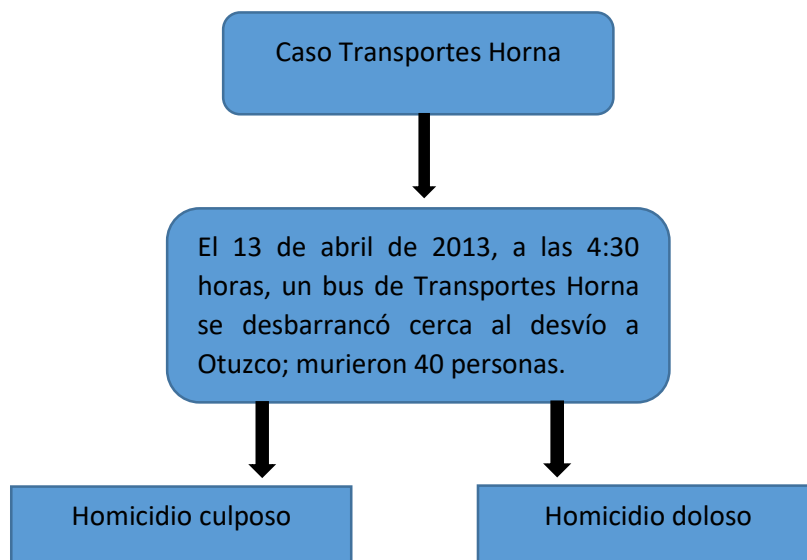


Figura 2. Discusión del caso conocido como Transportes Horna

1. Ya dejé anotado anteriormente que la doctrina acepta 3 clases de dolo; y que en la actualidad de forma mayoritaria se dice que el elemento fundamental del dolo es el conocimiento. Algunos autores nacionales deducen a partir del artículo 14° del Código penal peruano que el conocimiento es el único elemento exigido por el dolo.

2. Por su parte, Meini Méndez va más allá, pues para afirmar que el dolo es solo conocimiento del riesgo típico no solo se basa en el artículo 14° del C. P., sino también resalta el hecho que el legislador reserva la valoración de los elementos volitivos del autor para otro momento, pues los motivos y posiciones subjetivas del agente son considerados para determinar la pena, pero no tendrían relevancia para afirmar la tipicidad del hecho.
3. Siendo así, nuevamente habría que concluir afirmando que el dolo es conocimiento. No obstante, inmediatamente surgen dos preguntas: ¿qué se debe conocer? y ¿cuánto se debe conocer? A la primera pregunta se responde afirmando que se debe conocer los elementos objetivos del tipo penal y que, sobra decirlo, ello depende de las exigencias típicas de cada delito. Así, para un homicidio, se debe conocer que con la conducta desplegada se está poniendo en serio riesgo la vida de una o varias personas, de cualquier forma posible.
4. Respecto de la segunda pregunta, la respuesta es más complicada. La teoría de la probabilidad afirma que la conducta será dolosa si es más probable que cause el resultado; y será culposa si resulta ser menos probable. A dicha afirmación se le han realizado críticas como que las personas no administran su vida diaria realizando un cálculo de probabilidades (más de 50%, dolo; menos de 50%, culpa). No obstante, se ha respondido diciendo que no se trata de una probabilidad matemática o estadística, sino de una evaluación que debe hacer el juez respecto a si razonablemente se puede afirmar que el autor conocía un riesgo concreto o altamente probable de realización del injusto.
5. Ahora bien, para poder afirmar si en un caso concreto alguien ha conocido el riesgo concreto generador de una responsabilidad a título de dolo eventual, es necesario tener en cuenta no solo los conocimientos mínimos exigidos a cualquier persona según la fórmula del observador objetivo o el hombre promedio, sino los conocimientos exigidos a una persona en el contexto concreto de su acción, teniendo en cuenta sus experiencias previas, el grado de especialización que posee y el significado de su conducta según los elementos objetivos que rodean al hecho. En esta misma línea, señala Sánchez-Málaga (2018) que la imputación dolosa se produce cuando el juzgador verifica determinadas condiciones objetivas que indican que, en el contexto social y personal de su acción, el imputado tenía el deber de conocer un riesgo específico, la posibilidad efectiva de conocerlo y la imposibilidad de confiar en su no realización o en la no afectación del interés protegido.
6. De otro lado, respecto de la **temporalidad del dolo**, se afirma que este debe estar presente en el momento de la acción que le compete realizar. Es decir, si es una persona que actúa en última instancia lesionando el bien jurídico, debe ser consciente en ese instante de las circunstancias de peligro que está creando o aumentando. Si, por el contrario, se trata de una persona que actúa previamente por tener una obligación de controlar una fuente de peligro (deber de garante), en el momento que omite realizar la acción debida debe podersele imputar la representación del riesgo concreto que está generando para los bienes jurídicos de terceras personas. Si no es así, solo se le podría formular una imputación a título de culpa consciente o con representación.
7. Por ello afirman Orts y González (2017) que “el conocimiento de los hechos” requerido por el dolo, precisa de un *conocimiento actual* del autor, es decir, que ha de probarse que el sujeto tuvo ese conocimiento en el momento de la acción. No basta en consecuencia el conocimiento posterior ni el conocimiento potencial (pudo o debió conocer). La existencia de conocimiento actual se erige en una barrera nítida de la diferencia entre dolo e imprudencia, pues en ésta basta con el conocimiento potencial.
8. Es por ello que el caso concreto resulta especialmente interesante para el análisis, pues se trata de un caso donde se ha condenado al Gerente General de la empresa de Transportes Horna como autor de homicidio **doloso** en comisión por omisión. Siendo así, entendemos que el Juez ha considerado que dicho Gerente cuando dispuso que un solo chofer conduzca el ómnibus desde la sierra de la Libertad hasta la ciudad de Trujillo, inobservando la regulación sectorial que obliga a que vaya otro chofer en distancias que superen las 4 horas de conducción, no solo ha generado un riesgo concreto que originó la muerte de 40 pasajeros, sino que él conoció dicho riesgo y que dicho conocimiento era suficiente para imputarle la acción a título de dolo. Además, se ha considerado que, si bien el Gerente no estuvo en el momento del accidente, en el momento (previo) que dispuso la conducción de sus omnibuses bajo tales circunstancias, conoció el riesgo elevado de lesión para la vida de las terceras personas y, no obstante ello, continuó actuando.
9. No puede perderse de vista, finalmente, que cuando decimos que el Juez imputó el conocimiento del riesgo creado al autor (en tanto, no existe forma alguna de poder constatar dicho conocimiento efectivo en la mente del agente), no significa que se trata de una asignación arbitraria de conocimientos exigidos a un “hombre medio” que desarrolla una actividad similar, sino que se parte de algunos hechos probados. Por ello, a este respecto, es precisa la frase de Varela (2016) cuando afirma que “imputar no equivale a atribuir sin probar, sino, por el contrario, probar para luego atribuir”.

4. CONCLUSIONES

Respecto del contenido del dolo, se afirma que existe 3 formas: dolo directo de primer grado; dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias; y dolo eventual. Hay dolo directo de primer grado cuando el autor conoce y quiere la realización de los elementos del tipo penal. En esta forma de dolo, se afirma, si bien existe el elemento cognitivo y el elemento volitivo, predomina este último.

Se afirma que existe dolo directo de segundo grado cuando el autor conoce que con su conducta lesionará bienes jurídicos de terceros, aunque no tenga el propósito de producirlos. En esta forma de dolo predomina claramente el conocimiento; mientras que la voluntad o intención se encuentra ausente.

Por su parte, se dice que existe dolo eventual cuando el autor conoce el riesgo concreto que genera su acción y, pese ello, continúa actuando. Aquí el elemento primordial también es el conocimiento, pues la voluntad es muy difusa.

Actualmente la doctrina de forma mayoritaria afirma que el contenido del dolo es el conocimiento, pues la voluntad no es un elemento exigido para afirmar la tipicidad del hecho. En el caso peruano extraen tal conclusión a partir de la regulación del artículo 14° del Código Penal peruano.

Si bien el único elemento exigido para afirmar el dolo es el conocimiento, no se trata de cualquier conocimiento genérico o abstracto, sino del conocimiento de un riesgo concreto o altamente probable de realización del tipo penal.

Asimismo, para determinar dicho conocimiento no es suficiente utilizar el baremo del hombre promedio, sino que debe tenerse en cuenta que dichos conocimientos deben ser imputados teniendo en consideración las condiciones personales y el contexto concreto de actuación del agente; además, el significado de su conducta se colige de los elementos objetivos que rodean al hecho.

Respecto de la temporalidad del dolo, existe consenso en afirmar que el momento en que el autor debe tener el conocimiento exigido por el dolo, es el momento de la acción que le corresponde realizar o evitar, no bastando ni el conocimiento posterior ni el conocimiento potencial.

En ambos casos tipo analizados como resultados 1 y 2, se resalta que ya no debe realizarse el análisis partiendo de la voluntad psicológica (querer, desear) del autor, sino del significado social que adquiere su conducta en el contexto de su actuación concreta y teniendo en cuenta lo prohibido por cada tipo penal. En tal sentido, más allá de lo resuelto por los tribunales, debe analizarse si el conocimiento atribuido a los respectivos acusados cumplía con la exigencia de ser un conocimiento actual y concreto, deducible de las cualidades personales de los agentes, del contexto de la acción y de los elementos objetivos que rodearon a los hechos.

AGRADECIMIENTO

Agradezco al Juez del Juzgado Unipersonal Supra provincial de Otuzco, Dr. Julio Neyra Barrantes, quien me proporcionó la sentencia que expidió en el denominado “Caso Transportes Horna”; la labor responsable que realiza diariamente es encomiable, y su amistad hacia mi persona, generosa e inmerecida.

Agradezco también a mi hija Lucía Nicole Guillermo Matta, quien ha decidido seguir esta difícil y hermosa carrera, por su apoyo brindado en la asistencia y corrección del presente trabajo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bacigalupo, E. 2004. Derecho Penal. Parte General. Editorial ARA. Lima, Perú. 486 pp.
- Caro, J. 2014. La normativización del tipo subjetivo en el ejemplo del dolo. En: Teoría del delito (Pariona y Pérez, Coordinadores). Editorial Instituto Pacífico. Lima, Perú. 109-140.
- Feijóo, B. 2004. El dolo eventual. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 142 pp.
- Jakobs, G. 1997. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Traducción del alemán por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 1113 pp.
- Jescheck, H.; Weigend, T. 2014. Tratado de Derecho Penal. Parte General. V. I. Traducción del alemán por Miguel Olmedo Cardenete. Editorial Instituto Pacífico. Lima, Perú. 715 pp.
- Kindhäuser, U.; Polaino-Orts, M.; Corcino, F. 2009. Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho Penal. Editorial GRILEY. Lima, Perú. 209 pp.
- Laurenzo, P. 1999. Dolo y conocimiento. Editorial tirant lo blanch. Valencia, España. 319 pp.

- Meini, I. 2014. Lecciones de Derecho Penal – Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Fondo Editorial de la PUC. Lima, Perú. 386 pp.
- Ragués, R. 1999. El dolo y su prueba en el proceso penal. Editorial J. M. BOSCH. Barcelona, España. 566 pp.
- Reaño, J. 2010. Tres estudios de dogmática penal. El desistimiento voluntario de la tentativa, el error de tipo, y la teoría de la intervención delictiva. Editorial JURISTA. Lima, Perú. 166 pp.
- Orts, E.; González, J. 2017. Compendio de Derecho Penal. Parte General. Editorial tirant lo blanch. Valencia, España. 610 pp.
- Sánchez-Málaga, A. 2018. Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos. Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina. 562 pp.
- Varela, L. 2016. Dolo y error. Una propuesta para una imputación *auténticamente* subjetiva. Editorial BOSCH. Madrid, España. 732 pp.
- Wessels, J.; Beulke, W.; Satzger, H. 2018. Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura. Traducción del alemán por Raúl Pariona Arana. 46ª ed. Editorial Instituto Pacífico. Lima, Perú, 570 pp.